



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TERAMO

Diritto degli appalti pubblici

Prof. Simona D'Antonio

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A.A. 2024/2025

Argomento 7

I soggetti ammessi alle procedure di affidamento

Elenco delle sezioni

- I requisiti di partecipazione
- Il soccorso istruttorio
- I raggruppamenti temporanei di imprese
- L'avvalimento

I requisiti di partecipazione

Sezione I

Interessi in gioco

- La disciplina dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche intercetta:
 - da un lato, l'interesse della P.A. a garantirsi prestazioni adeguate e soddisfacenti, con la conseguente necessità di selezionare con attenzione i soggetti partecipanti;
 - dall'altro, l'interesse alla tutela della concorrenza, che induce ad evitare restrizioni eccessive nella fase dell'accesso al mercato, che escludano ad es. le micro, piccole e medie imprese o le imprese operanti in ambiti territoriali diversi da quelli delle stazioni appaltanti.
- Nel nuovo Codice assume prevalenza il principio del risultato e con esso la cura degli interessi dell'amministrazione committente.

Tassatività delle cause di esclusione...

- I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di **cause di esclusione** espressamente definite dal codice (art. 10, c. 1).
- Le cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte (art. 10, c. 2) → c.d. eterointegrazione degli atti di gara.

... e massima partecipazione

- Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **possono introdurre requisiti speciali**, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese (art. 10, c. 3).

Giurisprudenza

- Quando l'errore del concorrente nella presentazione della documentazione di gara possa ritenersi scusabile in quanto indotto dall'ambiguità della *lex specialis* o dei modelli o delle indicazioni fornite dalla stazione appaltante, deve adottarsi l'interpretazione più favorevole al concorrente, eventualmente attivando il c.d. soccorso istruttorio (cfr. art. 101).

[Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2019, n. 2720 → *favor participationis*]

- I requisiti di partecipazione devono avere carattere oggettivo e non discriminatorio.

[TAR Sicilia, Catania, sez. II, 15 maggio 2007, n. 818]

(segue)

- Le valutazioni discrezionali delle stazioni appaltanti in merito all'introduzione dei requisiti di partecipazione sono sindacabili dal giudice solo ove manifestamente irragionevoli e sproporzionate.

[TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 14 gennaio 2014, n. 466]

- Le clausole del bando immediatamente escludenti sono direttamente lesive e devono essere tempestivamente impugnate.

[Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4]

(segue)

- È vietata la commistione, negli atti di indizione delle gare d'appalto, fra i criteri soggettivi di prequalificazione e i criteri oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione.

[Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191]

- Il divieto di commistione non è violato o eluso quando gli aspetti organizzativi non siano apprezzati in quanto tali, ma quale garanzia della prestazione del servizio, come elemento, cioè, incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio e, quindi, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta.

[TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 22 febbraio 2018, n. 2054]

Favor per le P.M.I.

- Art. 108, c. 7, terzo periodo: possibilità di introdurre «criteri premiali atti a favorire la partecipazione delle P.M.I. nella valutazione dell'offerta e a promuovere, per le prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione, l'affidamento a operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento».

Disciplina dei requisiti di partecipazione

- Per gli **appalti nei settori ordinari**: (Libro II «Dell'appalto», Parte V «Dello svolgimento delle procedure», Titolo IV «I requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti», Capi II «I requisiti di ordine generale» e III «Gli altri requisiti di partecipazione alla gara» → artt. 94-105.
- Per le **concessioni**: l'art. 183, c. 1, lett. c) e c. 11 si riferisce ai soli requisiti di ordine generale (cause di esclusione): maggiore discrezionalità dell'ente concedente rispetto ai requisiti di ordine speciale.
- Per i **settori speciali**: art. 167, c. 1, lett. c): maggiore discrezionalità rispetto ai requisiti di ordine speciale.

Disciplina per gli appalti nei settori ordinari

- Requisiti di **ordine generale**: quelli la cui assenza integra una causa di esclusione → Capo II → artt. 94-98

Sono diretti a garantire l'affidabilità e l'integrità morale-professionale dei contraenti.

- Requisiti di **ordine speciale** (art. 100) → Capo III → artt. 99-106

Riguardano la capacità economico-tecnica degli affidatari.

Requisiti di ordine generale

- Sono disciplinati in modo omogeneo per tutte le tipologie contrattuali (lavori, forniture, servizi; sopra e sotto soglia; appalti e concessioni; settori ordinari e settori speciali).
- Devono sussistere anche in capo al sub-appaltatore.
- Per i raggruppamenti cfr. l'art. 97.
- In caso di avvalimento anche l'impresa ausiliaria deve dichiarare alla S.A. di esserne in possesso.
- Occorre esserne in possesso alla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta o della domanda di ammissione e conservarli fino al momento dell'aggiudicazione e della stipula del contratto e per tutta la durata dello stesso, senza soluzione di continuità.

Cause di esclusione automatica e non

- Rispetto alle cause di esclusione automatica (art. 94), la stazione appaltante non ha margine valutativo in merito all'accertamento di esse e al conseguente provvedimento di esclusione.
- Rispetto alle cause di esclusione non automatica (art. 95), la stazione appaltante ha un margine di apprezzamento (discrezionalità tecnica) nell'accertamento di esse; tuttavia, accertata la sussistenza di una di tali cause, l'esclusione è atto vincolato.
- Si applica l'istituto del *self cleaning* (art. 96, c. 6)

Cause di esclusione automatica

(art. 94)

- Le stazioni appaltanti sono tenute ad escludere gli operatori economici nei cui confronti sia stata emessa una pronuncia definitiva di **condanna** per i delitti tassativamente indicati (art. 94, c. 1).
- Individuazione dei soggetti la cui condanna determina l'esclusione dell'operatore economico (c.d. contagio): art. 94, c. 3.
- L'assenza delle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 è oggetto di autodichiarazione da parte del legale rappresentante dell'impresa per tutti i soggetti interessati attraverso il D.G.U.E.

(segue)

- È inoltre motivo di esclusione la circostanza che i soggetti di cui al c. 3 siano stati raggiunti dalle **misure di prevenzione** di cui al Codice antimafia (d. lgs. n. 159/2011) o che sussista, in riferimento ad essi, un **tentativo di infiltrazione mafiosa** ai sensi dello stesso Codice, fermo restando quanto previsto per le comunicazioni e le informazioni antimafia (art. 94, c. 2).

altri motivi di esclusione (art. 94, c. 5)

- È inoltre escluso l'operatore economico:
 - a) soggetto a sanzioni interdittive ex d. lgs. n. 231/2001 o ad altra sanzione che comporti il divieto di contrarre con la P.A.;
 - b) che non rispetti le norme in materia di avviamento al lavoro dei soggetti disabili ex l. n. 68/1999;
 - c) che, per gli appalti finanziati con il PNRR e con il PNC, non abbia ottemperato a quanto previsto dal Codice delle pari opportunità tra uomo e donna di cui al d. lgs. n. 198/2006;
 - d) che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per la dichiarazione di uno di tali stati;

... segue

e) che sia stato iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsi documenti nel corso di altre procedure di gara*;

f) che sia stato iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsi documenti ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione*.

* L'esclusione opera per il periodo di durata dell'iscrizione (max due anni).

- Che abbia commesso violazioni gravi, **definitivamente accertate**, agli obblighi di pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, salvo pagamento o impegno formalizzati entro la scadenza del termine per la presentazione della domanda (art. 94, c. 6).

Cause di esclusione non automatica

(art. 95, c. 1)

- Necessitano di un accertamento tecnico-discrezionale da parte della S.A. e di una motivazione analitica e sono:
 - a) gravi infrazioni debitamente accertate in materia di salute e sicurezza sul lavoro, nonché in materia ambientale, sociale e del lavoro;
 - b) situazioni di conflitto di interesse ex art. 16, non diversamente risolvibili;
 - c) coinvolgimento dell'operatore economico nella preparazione della procedura d'appalto che possa determinare una distorsione della concorrenza non risolvibile con misure meno intrusive;
 - d) accordi tra il concorrente ed altri operatori economici partecipanti alla procedura finalizzati a falsare la concorrenza;
 - e) **illecito professionale grave** → art. 98

... segue
(art. 95, c. 2)

- Commissione di gravi violazioni **non definitivamente accertate** in materia fiscale e previdenziale.

→ la S.A. esclude un operatore economico qualora ritenga che lo stesso abbia commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali.

Illecito professionale grave

(art. 98)

- L'operatore economico è escluso se si accerta la commissione di un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua affidabilità e integrità.
- L'illecito professionale deve essere dimostrato dalla S.A. con mezzi adeguati.
- Nel codice del 2016 era configurato come fattispecie aperta, consistente in qualsiasi condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica civile, penale o amministrativa.
- Il nuovo codice, invece, indica tassativamente le fattispecie illecite e i mezzi adeguati a dimostrarle.

casistica

(art. 98, c. 3)

- a) Irrogazione di una sanzione da parte dell'Antitrust o di altra autorità di settore;
- b) tentativo di influenzare indebitamente le decisioni della S.A. o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio; aver fornito informazioni false o fuorvianti volte ad influire su dette decisioni;
- c) carenze nell'esecuzione di un precedente contratto che abbiano portato alla risoluzione per inadempimento o alla condanna al risarcimento del danno;
- d) grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori;

... segue

- f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria, come persona offesa, dei reati di cui agli artt. 317 (concussione) e 629 (estorsione) c.p. aggravati dal carattere mafioso;
- g) contestata commissione di uno dei delitti di cui all'art. 94, c. 1;
- h) contestata o accertata commissione di uno dei reati indicati, tra i quali abusivo esercizio di una professione, bancarotta, reati tributari, reati urbanistici.

presupposti dell'esclusione ex art. 98

- Per poter escludere l'operatore economico la S.A. deve dimostrare che:
 - 1) sussiste una delle fattispecie sopra elencate;
 - 2) l'illecito è idoneo ad incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico;
 - 3) vi sono adeguati mezzi di prova (espressamente indicati dal c. 6).
- Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui sopra.

Tempo dell'esclusione e *self cleaning* (art. 96)

- La S.A. esclude l'operatore economico *in qualunque momento della procedura* qualora risulti che per atti od omissioni compiute prima o durante la procedura sussistano le cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95.
- L'esclusione può essere evitata (tranne che per le violazioni fiscali e previdenziali) mediante il c.d. *self cleaning*, cioè la comunicazione da parte dell'operatore economico alla S.A. di aver adottato misure idonee a dimostrare la propria affidabilità, quali:
 - aver risarcito qualunque danno causato dal reato o dall'illecito;
 - aver chiarito pienamente i fatti e le circostanze;
 - aver adottato provvedimenti concreti idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

Requisiti di ordine speciale

(art. 100)

- Riguardano:
 - a) l' idoneità professionale;
 - b) la capacità economica e finanziaria;
 - c) le capacità tecniche e professionali.
- La S.A. può richiedere requisiti di partecipazione relativi a questi tre aspetti, purché siano proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto.
 - Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2012, n. 5009

Per gli appalti di servizi e forniture

- Il nuovo codice prevede l'estensione del sistema di qualificazione, ad oggi previsto solo per gli appalti di lavori, anche per gli appalti di servizi e forniture. Nelle more, le SS.AA. possono richiedere agli operatori economici i seguenti requisiti:
- **per l'idoneità professionale**: l'iscrizione nel registro della camera di commercio (C.C.I.A.A.) o presso i competenti ordini professionali per un'attività pertinente, anche se non coincidente con l'oggetto dell'appalto;
- **per la capacità economica e finanziaria**: un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura;
- **per le capacità tecniche e professionali**: aver eseguito nel triennio precedente contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati.

Per gli appalti di lavori \geq € 150.000

- Per gli appalti di lavori di importo **pari o superiore ad € 150.000**, le SS.AA. richiedono che gli operatori economici siano qualificati.
- L'attestazione di qualificazione è rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC (c.d. «SOA»).
- Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici è disciplinato in via transitoria dall'art. 100 e dall'All.II.2 e sarà riformato dal nuovo regolamento.
- È un sistema articolato in rapporto alle categorie di opere e all'importo delle stesse.
- Il possesso dell'attestazione di qualificazione – in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare – è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di ordine speciale nonché per l'esecuzione dell'appalto.

Per gli appalti di lavori < € 150.000

- Per gli appalti di lavori di importo **inferiore ad € 150.000** gli operatori economici possono partecipare alle gare se in possesso dei seguenti requisiti:
 - a) aver eseguito nel quinquennio precedente alla data di pubblicazione del bando lavori analoghi per un importo non inferiore all'importo del contratto da stipulare;
 - b) aver sostenuto un costo complessivo per il personale dipendente non inferiore al 15% dell'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio precedente alla data di pubblicazione del bando;
 - c) avere a disposizione adeguata attrezzatura tecnica.

Controllo sul possesso dei requisiti

- Gli operatori economici possono attestare il possesso dei requisiti richiesti attraverso dichiarazioni sostitutive a sensi del d.P.R. n. 445/2000.
- È onere delle SS.AA. verificare successivamente l'effettivo possesso dei requisiti autodichiarati, mediante verifiche a campione.
- Il nuovo codice conferma la disciplina del D.G.U.E. introdotta dal codice del 2016.
- Con tale documento, redatto in forma digitale, gli operatori economici accompagnano l'offerta e dichiarano di essere in possesso dei requisiti di ordine generale e speciale.
- Qualora la S.A. accerti l'insussistenza dei requisiti, risolve il contratto, lo comunica all'ANAC e sospende la partecipazione alle proprie procedure per un periodo massimo di 12 mesi.

Il soccorso istruttorio

Sezione II

Soccorso istruttorio: il problema

- Se in sede di presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta l'operatore economico omette un documento o produce un documento contenente errori od omissioni, occorre escluderlo oppure consentirgli di integrare o regolarizzare la documentazione?
- Da un lato vi sono le esigenze della par condicio tra i concorrenti e della speditezza della procedura; dall'altro la massima partecipazione e l'interesse della S.A. a selezionare l'offerta più conveniente, anche se formalmente viziata.
- Per soccorso istruttorio s'intende il potere/dovere della S.A. di richiedere al concorrente i documenti mancanti e le integrazioni o i chiarimenti necessari.

Evoluzione dell'istituto

- Sotto il vigore del primo codice (d. lgs. n. 163/2006) era prevalsa un'impostazione formalista, che ammetteva il soccorso istruttorio solo per regolarizzare la documentazione già prodotta e non per produrre nuovi documenti.
- Con il d.l. n. 90/2014, conv. in l. n. 114/2014: il soccorso istruttorio è doveroso non solo per la regolarizzazione dei documenti già prodotti, ma anche per la produzione di nuovi documenti. Il concorrente va escluso solo quando manca dei requisiti necessari.
- Il secondo codice (d. lgs. n. 50/2016) come modificato dal correttivo del 2017 confermava l'impostazione del d.l. n. 90/2014, rafforzando ulteriormente l'istituto.

Disciplina dettata dal nuovo codice (art. 101)

- Il soccorso istruttorio non può riguardare profili dell'offerta tecnica ed economica e non consente di sanare omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente.

... segue

- In presenza di irregolarità sanabili, prima di disporre l'esclusione, la S.A. deve obbligatoriamente assegnare al concorrente un termine minimo di 5 giorni e massimo di 10 giorni per:
 - a) integrare (anche con nuovi documenti) la documentazione trasmessa con la domanda di partecipazione o con il DGUE (c. 1, lett. a): **soccorso integrativo**;
 - b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del DGUE e di ogni altro documento richiesto (c. 1, lett. b): **soccorso sanante**.
- Il documento deve dimostrare il possesso del requisito alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte.
- La S.A. deve indicare esattamente cosa manca e chi deve provvedere.
- In caso di inutile decorso del termine o di inadeguatezza delle integrazioni presentate, il concorrente è escluso.

... segue

- La S.A. può sempre chiedere chiarimenti sul contenuto dell'offerta, ma i chiarimenti non possono modificare detto contenuto (c. 3: **soccorso istruttorio in senso stretto**).
- L'operatore economico può emendare un errore materiale commesso nell'elaborazione dell'offerta, fino al giorno fissato per l'apertura delle buste contenenti le offerte (c. 4: **soccorso correttivo**) di nuovo conio.
- Sono comunque suscettibili di S.I. tutte le mancanze correlate a prescrizioni di gara non chiare.
- Il mancato adempimento di prescrizioni imposte in modo chiaro dalla legge, anche se non riprodotte nella *lex specialis*, può portare all'esclusione, sempre che l'adempimento sia in concreto possibile.

→ Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 7

- Non può essere attivato il S.I. in caso di mancata specifica indicazione degli oneri di sicurezza e del costo della manodopera, anche qualora i moduli predisposti dalla S.A. non prevedano tale indicazione, a meno che non sia oggettivamente impossibile indicarli.
- L'art. 108, c. 9 prevede ora espressamente che l'operatore economico debba indicare a pena di esclusione i costi della manodopera e gli oneri aziendali relativi al rispetto delle norme poste a tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro.

I raggruppamenti temporanei di imprese

Sezione III

Categorie di soggetti ammessi alle procedure

- Operatore economico: art. 1, c. 1, lett. l) All. I.1 + art. 65
→ qualunque soggetto, pubblico o privato, che eserciti un'attività economica - in modo sistematico o occasionale - e che offra nel mercato prestazioni di lavori, di servizi e di beni, indipendentemente dalla natura giuridica, dalle modalità di finanziamento, dalla struttura organizzativa e dalle finalità perseguite.
- Art. 65: elenco (esemplificativo e non tassativo) dei soggetti ammessi
- Vi rientrano anche gli enti pubblici e gli enti senza scopo di lucro
- Operatori economici di altri Paesi: UE/extra UE

Forme di cooperazione tra operatori economici

- Finalità di ampliare la possibilità di partecipare alle gare cumulando le capacità economiche e tecniche (requisiti di ordine speciale).
- Istituti che determinano la creazione di un nuovo soggetto dotato di autonoma personalità giuridica e di una comune struttura di impresa → art. 67: «*Consorzi non necessari*».
- Istituti che consentono la partecipazione congiunta alla procedura (con cumulo dei requisiti) di più soggetti raggruppati, senza creare un nuovo soggetto giuridico → art. 68: «*Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*»

RTI/ATI

- Raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) o associazione temporanea di imprese (ATI)
- Consente a più operatori economici di aggregarsi, in via temporanea ed occasionale, per partecipare ad una gara, all'unico fine di acquisire ed eseguire congiuntamente un contratto pubblico.
- L'RTI/ATI partecipa come unico offerente alla procedura, senza però dar vita ad un nuovo soggetto giuridico.

Contratto di mandato

- Stipula di un contratto* di mandato collettivo speciale *in rem propriam* (art. 1723, c. 2, cod. civ.) gratuito e irrevocabile, con rappresentanza, con il quale uno o più operatori economici (mandanti) danno mandato ad un'altra impresa (capogruppo o mandataria) a presentare un'offerta, in proprio e in nome e per conto delle mandanti.
- * con atto pubblico o scrittura privata autenticata
- La mandataria acquisisce la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle mandanti nei confronti della S.A. per ogni atto relativo all'appalto, fino all'estinzione di ogni rapporto.
- Resta salva la legittimazione processuale delle singole mandanti.

RTI costituiti e costituendi

- E' prevista la possibilità di costituire il raggruppamento solo in caso di aggiudicazione del contratto: c.d. raggruppamento «costituendo».
- In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti i soggetti e deve contenere l'impegno da parte loro, in caso di aggiudicazione, a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta (mandatario), il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.
- Prima era vietato ad una stessa impresa di partecipare alla stessa gara all'interno di un RTI e in proprio oppure all'interno di più RTI: questo divieto oggi persiste solo nel caso di cui all'art. 95, c. 1, lett. d).

Responsabilità, requisiti e qualificazione

- Superamento della distinzione tra raggruppamenti orizzontali e verticali → responsabilità solidale di tutte le imprese raggruppate (e di ciascuna di esse) nei confronti della S.A., dei subappaltatori e dei fornitori → disincentivo alla partecipazione di P.M.I.
- È possibile cumulare solo i requisiti di ordine speciale.
- Nell'offerta devono essere specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti, con il loro impegno a realizzarle.
- Quindi tutti gli operatori devono avere i requisiti di ordine generale e ciascuno deve avere i requisiti richiesti per la parte di prestazione che si è obbligato ad eseguire.
- Ogni soggetto deve avere un ruolo operativo, assolvendo ad una porzione della prestazione (vietata l'associazione in partecipazione).

Modificazioni soggettive

- Generale divieto di modificare la composizione del raggruppamento, ma solo dopo la presentazione delle offerte.
- Consentite sia in fase di gara sia in fase di esecuzione le modifiche in riduzione: ciascun operatore ha facoltà di recesso, a condizione che gli altri conservino i requisiti necessari.
- Possibile l'estromissione e la sostituzione di un componente colpito da una causa di esclusione o che abbia perso un requisito di qualificazione.

L'avvalimento

Sezione IV

L'avvalimento dal diritto UE al diritto interno

- Gli operatori economici possono partecipare alle procedure per le quali non hanno i requisiti, servendosi dei requisiti di altri soggetti (imprese ausiliarie).
- Il concorrente deve però essere in grado di fornire la prova dell'effettiva disponibilità dei requisiti dell'impresa ausiliaria in caso di aggiudicazione. È la stazione appaltante che valuta se tale onere probatorio sia stato adempiuto.
- Il recepimento nell'ordinamento interno è stato problematico per la possibile elusione del sistema di qualificazione negli appalti di lavori pubblici; pertanto il primo e il secondo codice lo hanno sottoposto ad una serie di limiti, che sono stati però contestati dalla Commissione europea.

L'avvalimento nel nuovo Codice (art. 104)

- Consentito non solo l'avvalimento puro, ma anche quello **premierale**, i.e. finalizzato non ad interare i requisiti di partecipazione ma che consente di migliorare l'offerta ed ottenere un punteggio maggiore.
- Consentiti:
 - l'avvalimento **a cascata** (l'ausiliaria si avvale di altri operatori economici);
 - l'avvalimento **plurimo** e quello **frazionato**;
 - l'avvalimento in opere super-specialistiche;
 - la partecipazione dell'ausiliaria come concorrente alla stessa gara (tranne che nell'avvalimento premierale).

Garanzie e limiti

Possono essere oggetto di avvalimento:

- 1) solo i requisiti di ordine speciale
- 2) il possesso della certificazione di qualità/l'attestazione SOA
- 3) autorizzazioni, abilitazioni, titoli di studio e professionali (ma in tal caso il soggetto ausiliario deve eseguire direttamente la prestazione)

→ necessaria corrispondenza tra «requisito prestato» e risorse messe a disposizione dall'ausiliaria in fase di esecuzione.

...segue

- La S.A. può limitare l'avvalimento esigendo negli atti di gara che certi compiti siano svolti dall'offerente (e non dall'ausiliaria) o da un determinato componente del raggruppamento;
- deve essere fornita la prova dell'effettiva disponibilità dei requisiti del terzo. A tal fine il concorrente deve depositare in sede di offerta:
 - dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria attestante il possesso dei requisiti di ordine generale e dei requisiti speciali oggetto di avvalimento;
 - dichiarazione con cui l'ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione le risorse oggetto di avv. per tutta la durata dell'appalto;
 - il contratto di avvalimento in originale o in copia autentica.

Contratto di avvalimento

- «... è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto».
- Oltre all'avvalimento «tecnico» o «operativo» è tuttavia ammesso anche l'avvalimento «di garanzia», relativo alla capacità economico-finanziaria.
- È un contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto a pena di nullità.
- Nel contratto occorre precisare se si tratta di avvalimento puro o premiale e, a pena di nullità, indicare quali risorse dell'impresa ausiliaria saranno messe a disposizione della concorrente ovvero quali prestazioni saranno svolte dall'ausiliaria. Per tale nullità non è ammesso il S.I.
- Il RUP ha il potere-dovere di verificare che le prestazioni oggetto del contratto di avvalimento siano svolte effettivamente dall'ausiliaria.

Responsabilità dell'impresa ausiliaria

- Qualora risulti che l'ausiliaria abbia dichiarato il falso o sia priva dei requisiti necessari, al concorrente è consentito sostituirla con altra impresa entro un termine di 10 giorni.
- L'impresa ausiliaria risponde in solido con la concorrente in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 104, c. 7)
→ per le prestazioni relative ai requisiti prestati e non per l'intero.